

# Eenvoud en verleidelijkheid

## Rechtsvergelijkende analyse en taal van descriptie

Maurice Adams\*

### 1 Inleiding

Op tijd en stond wil ik al eens een natuurdocumentaire bekijken. Die door Jacques Cousteau, de befaamde oceanoloog, zijn dan favoriet. Ik herinner me een aflevering waarin de zee voor de kust van, naar ik meen, Somalië wordt verkend. Op het strand staan Cousteaus duikers in volle uitrusting gereed. De hilariteit onder de lokale bewoners is groot: het is voor hen zonneklaar dat ze te maken hebben met een tot dan onbekende variant van een dolfijn. Zelfde uitstraling, even gladde huid. Alleen die ledematen. En dat dolfijnen konden lopen was hen ook nog niet bekend. Maar toch, dolfijnen moeten het zijn.

Ieder van ons ervaart permanent het verlangen – de reflex – om onbekende verschijnselen te willen duiden in termen of categorieën die je meent te herkennen of te begrijpen.<sup>1</sup> Dat maakt het onverwachte en onbekende hanteerbaar. Zoals het zojuist gegeven voorbeeld laat zien, kan een dergelijk verlangen echter zo verleidelijk blijken dat dit tot misleiding wordt. Zeker voor de rechtsvergelijker gaat het dan om een fundamenteel probleem. Kan aan de verleiding worden ontkomen? In dit artikel wil ik deze vraag proberen te beantwoorden aan de hand van onder meer een leerstuk uit de rechtsantropologie. Maar alvorens daar aan toe te komen moet ik eerst iets zeggen over wat er specifiek is aan de rechtsvergelijking.

### 2 Rechtsvergelijking als discipline

Wat rechtvaardigt de rechtsvergelijking als zelfstandige onderzoeksdiscipline? Deze vraag is onder meer relevant omdat vergelijking hoe dan ook verbonden lijkt met het verrichten van onderzoek in de humane en sociale wetenschappen.<sup>2</sup> Men zou dus kunnen zeggen dat er met die rechtsvergelijking niets bijzonders aan de hand is. Vrijwel iedere

claim of conclusie die we als jurist neerleggen, ieder onderscheid dat we aanbrengen, wordt immers impliciet of expliciet afgezet tegen een andere situatie. Een rechtsregeling is meestal slechts bevredigend of goed omdat een andere regeling dat niet of minder is; zo bekeken is een regeling nooit goed op zichzelf.<sup>3</sup> En wanneer we zoeken naar een oplossing voor een vraagstuk dat nog niet gereguleerd lijkt, hanteren we nogal eens de methode van het analogisch redeneren: dat is het opstellen van een nieuwe regel geënt op een bestaande regel voor een min of meer vergelijkbaar geval.<sup>4</sup> Ook het ordenen van de rechtspraak met betrekking tot een concreet vraagstuk is uitdrukkelijk een vergelijkende activiteit: dergelijke ordening bestaat immers slechts bij de gratie van andere gevallen. Zoals gezegd, met rechtsvergelijking lijkt niets bijzonders aan de hand; vergelijken is een basisprincipe van welhaast elk juridisch onderzoek.<sup>5</sup> Sterker nog, '[t]hinking without comparison is unthinkable. And, in the absence of comparison, so is all scientific thought and scientific research.'<sup>6</sup>

### Vrijwel iedere claim of conclusie die we als jurist neerleggen, ieder onderscheid dat we aanbrengen, wordt impliciet of expliciet afgezet tegen een andere situatie

Toch lijkt het erop dat met het voorgaande niet alles is gezegd. Want aangezien de rechtsvergelijking de term 'vergelijking' trots in het vaandel draagt kan het toch niet anders dan dat er iets bijzonders mee aan de hand is? In ieder geval, wil er geen sprake zijn van een pleonasme dan moet de rechtsvergelijking meerwaarde hebben ten aanzien van de ver-

\* Prof. mr. M. Adams is verbonden aan de Faculteit rechtswetenschappen van de Universiteit van Tilburg (Departement Publiekrecht, Encyclopedie en Rechtsgeschiedenis) en deeltijd hoogleraar aan de Universiteit Antwerpen.

- 1 Vgl. D. Draaisma, 'Verklaren is beheersen', in: D. Draaisma e.a. (red.), *De vreugdeloze wetenschap. Waarom nieuwe inzichten weerstand oproepen*, Amsterdam: Meulenhoff 2004, p. 140.
- 2 Omdat ik er te weinig mee bekend ben, spreek ik me niet uit over de zogenaamde positieve of bètawetenschappen.
- 3 Toegegeven, in zijn algemeenheid is deze stelling voor debat vatbaar. Denk maar aan transcendentale *a priori* kennis (kennis die aan de ervaring vooraf gaat), zoals Kant dat begreep. Dat neemt niet weg dat wat mij betreft in ieder geval het overgrote deel van het juridisch denken in vergelijkende termen plaatsgrijpt.
- 4 Vgl. J.H. Nieuwenhuis, 'Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel', *RM Themis* 1978, p. 494-415. Wiarda noemt de analogische redeneermethode niet toevallig de vergelijkingsmethode. G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 107 (vierde editie bewerkt door T. Koopmans).
- 5 V.V. Palmer, 'From Lerotholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology', *American Journal of Comparative Law* (53) 2005, p. 262. Vgl. P.J.M. Verschuren, *De probleemstelling voor een onderzoek*, Utrecht: Spectrum Aula 1986, p. 107.

- 6 G.E. Swanson, 'Frameworks for Comparative Research', in: I. Vallier (ed.), *Comparative Methods in Sociology*, Berkeley: University of California Press 1971, p. 141. Tevens aangehaald door Palmer 2005, p. 261. De cultureel-anthropoloog Clifford Geertz formuleerde het iets subtieler: 'Santayana's famous dictum that one compares only when one is unable to get to the heart of the matter seems to me (...) the precise reverse of the truth; it is through comparison, and of incomparables, that whatever heart we can actually get to is to be reached.' C. Geertz, *Local Knowledge*, New York: Basic Books 1983, p. 233. Zie ook Hall, die stelt dat 'to be sapiens is to be a comparatist'. J. Hall, *Comparative Law and Social Theory*, Baton Rouge: Louisiana State University Press 1963, p. 9.
- 7 Vgl. P.J. Glenn, 'Aims of Comparative Law', in: J.M. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham: Edward Elgar 2006, p. 59.
- 8 Vgl. M. de S.-O.-l'E. Lasser, 'The Question of Understanding', in: P. Legrand and R. Munday (eds.), *Comparative Legal Studies Traditions and Transitions*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 200-202.
- 9 Palmer 2005, p. 262-63. Hierover verder bijvoorbeeld W.J. Kamba, 'Comparative Law: a Theoretical Framework', *23 International and Comparative Law Quarterly* 1974, p. 486-489. Een en ander bracht Kahn-Freud tot de boutade dat de rechtsvergelijking eigenlijk niet bestaat: 'The trouble is that the subject (...) has by common consent the somewhat unusual characteristic that it does not exist.' O. Kahn-Freud, 'Comparative Law as an Academic Subject', *Law Quarterly Review* (81) 1966, p. 41. Een deel van de kwestie die Kahn-Freud signaleert ligt wellicht besloten in de ingeburgerde en enigszins misleidende Engelse terminologie – 'comparative law'. Die terminologie suggereert immers dat het om een eigen rechtsdomein gaat. Dit probleem rijst alvast niet

gelijkingen die we hoe dan ook al maken. Het bestaan van een bepaalde onderzoeksdiscipline, *in casu* de rechtsvergelijking, moet dus steunen op een bijzondere rechtvaardiging.<sup>7</sup>

## Wil er geen sprake zijn van een pleonasme dan moet de rechtsvergelijking meerwaarde hebben ten aanzien van de vergelijkingen die we hoe dan ook al maken

Wat mij betreft is die bijzondere rechtvaardiging onder meer te vinden in het gegeven dat om tot vergelijking te kunnen komen je eerst onder de huid moet kruipen van minstens één vreemd rechtssysteem. Dit doet de uitdaging rijzen hoe daar een omgang mee te vinden. Het gaat immers om een rechtssysteem waarin je in principe niet bent opgeleid en gedisciplineerd en waarmee je daardoor niet intiem vertrouwd bent; een systeem waarvan je 'de taal' niet spreekt, met andere instituties en normen, onuitgesproken codes, een eigen geschiedenis, ideologie en zelfbeeld.<sup>8</sup> De rechtsvergelijker moet het vreemde rechtsbestel doorgronden en vervolgens beschrijven op een wijze die begrijpelijk is voor buitenstaanders maar die tevens recht doet aan de eigenheid ervan. Dit geeft aanleiding tot vragen en problemen waarmee je niet of althans op een geheel andere wijze wordt geconfronteerd dan wanneer je onderzoek doet dat zich tot de thuisjurisdictie beperkt. Onder meer die specifieke problematiek rechtvaardigt het bestaan van een op zichzelf staande onderzoeksdiscipline die rechtsvergelijking wordt genoemd. De veelvuldige bewering bovendien dat de rechtsvergelijking geen eigen rechtsgebied is maar 'slechts' een methode, lijkt dit alleen maar te bevestigen.<sup>9</sup> Het adequaat doorgronden en beschrijven van een vreemd rechtssysteem in de zojuist vermelde zin doet immers vooral methodische vragen rijzen.

## De rechtsvergelijker moet het vreemde rechtsbestel doorgronden en vervolgens beschrijven op een wijze die begrijpelijk is voor buitenstaanders maar die tevens recht doet aan de eigenheid ervan

### 3 Lessen uit Noord-Rhodesië

In de jaren zestig van de vorige eeuw ontspoon zich in de context van een rechtsantropologisch onderzoek een debat over de zojuist geïdentificeerde kwestie: hoe de eigenheid van het vreemde op de meest optimale wijze weer te geven? Welk begrippenkader te hanteren om een vreemd rechtsbestel (rechtscultuur<sup>10</sup>) op een adequate wijze te doorgronden en te beschrijven? De aanleiding voor het debat was een studie door de Zuid-Afrikaanse rechtsantropoloog Max Gluckman over het proces van geschilbeslechting bij de Barotse-stam in het toenmalige Noord-Rhodesië (het huidige Zambia).<sup>11</sup> Gluckman koos ervoor zijn begrippenkader te ontleen aan het Engelse recht en, in secundaire orde, het Romeins-Hollandse recht: 'I consider that very many of [the Barotse legal] concepts can, without distortion after careful and perhaps lengthy description and discussion, be given English equivalents (...).'<sup>12</sup>

## Het vocabularium van het Engelse en Romeins-Hollandse recht is geschikt voor het beschrijven van dat Engelse en Romeins-Hollandse recht, maar niet voor het beschrijven van het volksrecht ('folk law') van een Afrikaanse stam

De kritiek die hij op deze werkwijze kreeg, in het bijzonder van Paul Bohannan, lag voor de hand: het vocabularium van het Engelse en Romeins-Hollandse recht is geschikt voor het beschrijven van dat Engelse en Romeins-Hollandse recht, maar niet voor het beschrijven van het volksrecht ('folk law') van een Afrikaanse stam.<sup>13</sup> Voor dat laatste moeten systeemeigen begrippen ('native terms') en categorieën zoveel mogelijk worden geëvoceerd in hun eigenheid, aldus Bohannan. Ze mogen anders gezegd niet worden geforceerd op het procrustesbed van de normatieve concepties van een andere rechtscultuur. Iets dergelijks geeft aanleiding tot tunnelvisie en verwarring, want de vreemde rechtscultuur wordt dan immers bekeken en begrepen als een functie van het begrippenkader van een andere rechtscultuur. Bohannan:

'[I]t simulates understanding through the use of a familiar word. Such simulation leads – almost inevitably, I think – to an assumption of comparability of everything called by the same word – and this is a difficulty that is almost impossible to correct.'<sup>14</sup>

Gluckman lijkt het daar ten dele mee eens te zijn.<sup>15</sup> In ieder geval moet ook volgens hem de rechtsantropoloog het te onderzoeken systeem zoveel als mogelijk in zijn eigenheid beschrijven. En in de mate dat voor de oorspronkelijke (i.e. Afrikaanse) terminologie geen redelijk equivalent bestaat, moet die oorspronkelijke terminologie prevaleren. Maar voor zover er wel degelijk een equivalent bestaat is het volgens hem geen enkel probleem om, in zijn geval, Engels- of Romeinsrechtelijke begrippen te gebruiken, eventueel voorzien van uitgebreide omschrijving van het oorspronkelijke Barotse-concept. Sterker nog, dergelijke aanpak heeft volgens hem zelfs de voorkeur:

'[I]t seems to me that the refinements of English, and in general European, jurisprudence provide us with a more suitable vocabulary than do the languages of tribal law.'<sup>16</sup>

En schrijvende over concepten van 'ownership' zegt hij:

'(...) I consider that when writing in English, the use of the English equivalent term, general and multifunctional in its common-sense meaning, brings out implications in the English meaning of "owner" as well as perhaps a significant core of similarity in the Barotse meaning of *mung'a*. The alternative in the extreme is to make communication impossible.'<sup>17</sup>

Op basis van gekende begrippen is het niet alleen mogelijk om op een efficiëntere wijze over het vreemde bestel te communiceren, aldus Gluckman, één en ander brengt bovendien beter de overeenkomsten en verschillen tussen de te vergelijken rechtssystemen in beeld.

## Het is in de praktijk onmogelijk om een ander systeem volledig neutraal te beschrijven en er is een taal van communicatie nodig

Zo bezien is het verschil van inzicht tussen beide heren vooral als een kwestie van nuance en smaak te duiden. En dan zou je kunnen zeggen dat ze allebei een beetje gelijk hebben, maar dat Gluckman meer pragmatisch is dan Bohannan: het is in de praktijk nu eenmaal onmogelijk om een ander systeem volledig neutraal te beschrijven en er is een taal van communicatie nodig. Volgens Gluckman mag je dan best een taal gebruiken die herkenbaar is voor de vreemdeling; een taal die bovendien de mogelijkheid tot nadere nuancering biedt. Dat is allemaal zeer wel mogelijk, aldus Bohannan, maar dat geeft dan onvermijdelijk aanleiding tot verwarring en tunnelvisie (*bias*); dat moet zo veel als mogelijk worden

vermeden. Beiden heren zetten, zo lijkt het, slechts de nadelen van de andere benadering in de verf.

### 4 En wat met de rechtsvergelijking?

En toch was er volgens mij meer aan de hand. Op de achtergrond sluimeren althans ook verschillende opvattingen over wat het uiteindelijke doel van respectievelijk de rechtsantropologische en -vergelijkende exercitie is. Gluckman was vooral geïnteresseerd in het bereiken van een hoger abstractieniveau en in expliciete vergelijking; hij wilde onderzoeken of de ideeën die ten grondslag liggen aan het juridische bestel van, in zijn geval, de Barotse, ook een verder reikende en meer algemene betekenis hebben. Voor Gluckman was er meer dan het juridisch-conceptuele alleen, wat hem betreft was dat slechts een onderdeel van het veel grotere geheel: hoe is de verhouding tussen de lokale juridische concepten en de sociaaleconomische context daarvan? En vergelijking hielp hem bij het exploreren en verklaren van die verhouding:

'I am interested, like most social anthropologists, in specifying the folk conceptions of particular people as clearly as I can and then trying to explain why they are as they are, and how they differ from folk conceptions of others, in terms of social and economic background.'<sup>18</sup>

Het ging hem om beschrijving en vergelijken-de analyse dus, als twee onderscheiden zaken. Dit alles met in het achterhoofd ongetwijfeld het inzicht dat aan Fahrenfort wordt toegeschreven, namelijk dat 'wie één maatschappij kent, geen maatschappij kent.'<sup>19</sup> Bohannan daarentegen was primair geïnteresseerd in het beschrijven en doorgronden van de concepten van een vreemd rechtstelsel zelf, en veel minder in vergelijking. In de microwereld van het (semi)juridische begrippenkader van de Tiv, een Nigeriaanse stam waar hij zelf onderzoek naar had gedaan, lag volgens hem bovendien de hele rechtscultuur besloten.<sup>20</sup> En spreken over een vreemde rechtscultuur in termen uit een aan die cultuur vreemde (maar bestaande) rechtstaal 'gives the illusion of getting somewhere'.<sup>21</sup> Tussen Gluckman en Bohannan heeft zich, zo lijkt het, een dovemansgesprek ontsponnen; ze spraken over andere zaken, want hadden ieder voor zich een andere onderzoeksfocus en -doelstelling.

In ieder geval zou het wat mij betreft bij de rechtsvergelijking niet alleen moeten gaan om het doorgronden en beschrijven van het vreemde rechtstelsel, maar ook om het komen tot meer algemene inzichten

in de Nederlandse taal, en ook niet in het Duits: '*Rechtsvergleichung*'. In beide gevallen verwijst de term immers uitdrukkelijk naar een *activiteit*: het vergelijken van recht. Het Frans worstelt dan weer met hetzelfde probleem als het Engels: '*droit comparé*'.

<sup>10</sup> In deze tekst gebruik ik termen als rechtstelsel, -systeem, -cultuur, etc., als synoniemen, verwijzend naar regelcomplexen die vreemd zijn aan het eigen of nationale recht. Dat kan dan gaan om stelsels die in fysieke en culturele zin nabij zijn (binnen Europa bijvoorbeeld), of veraf. Zie voor een problematisering van het begrip rechtscultuur, D. Nelken, 'Defining and Using the Concept of Legal Culture', in: E. Örücü en D. Nelken (eds.), *Comparative Law. A Handbook*, Oxford: Hart Publishing 2007, p. 109-132.

<sup>11</sup> M. Gluckman, *The Ideas in Barotse Jurisprudence*, Manchester: Manchester University Press 1967 (tweede editie, in eerste instantie gepubliceerd in 1965 als de *Storrs Lectures on Jurisprudence at Yale Law School*); M. Gluckman, 'Reappraisal' in: *The Judicial Process among the Barotse of Northern Rhodesia (Zambia)*, Manchester: Manchester University Press 1967 (eerste editie gepubliceerd in 1955) en M. Gluckman, 'Concepts in the Comparative Study of Tribal Law', in: L. Nader (ed.), *Law in Culture and Society*, Berkeley: University of California Press 1997, p. 349-373. Hierover tevens S.F. Moore, 'Comparative Studies', in: Nader 1997, p. 341-346.

<sup>12</sup> Gluckman 1967, p. 380-381.

<sup>13</sup> P. Bohannan, 'Review

over verschillen en overeenkomsten tussen rechtstelsels onderling.<sup>22</sup> Zoals gezegd is het dat wat Gluckman, meer dan Bohannan, voor ogen stond. Het is echter opvallend dat veel rechtsvergelijking zich hoofdzakelijk beperkt tot het louter beschrijven van een vreemd rechtssysteem of andere rechtscultuur, en dit veelal op gesofisticeerde wijze zelfs. Daar is op zichzelf niets mis mee, maar indien we het begrip ‘vergelijken’ een zelfstandige betekenis willen geven moet er toch iets meer worden gedaan. Het gaat er dan om de gegevens uit verschillende rechtstelsels ook met elkaar te confronteren en in verband te brengen, en een visie te geven op hun onderlinge verhouding.<sup>23</sup> Daaruit kunnen dan conclusies worden getrokken: wat leren de uiteindelijk geconstateerde verschillen en overeenkomsten ons over die verschillende rechtstelsels, en kunnen die in vergelijkende en verklarende schema’s worden gepast?

### Het gaat erom de gegevens uit verschillende rechtstelsels ook met elkaar te confronteren en in verband te brengen, en een visie te geven op hun onderlinge verhouding

Maar om twee of meer systemen ten behoeve van een daadwerkelijke vergelijking aan elkaar te relateren, is er een begrippenapparaat nodig dat het exclusief lokale overstijgt. En omdat Bohannan van mening was dat het begrippenapparaat van Gluckman al te zeer verbonden was aan een bestaand systeem, pleitte hij ten behoeve van de vergelijking voor het gebruik van een totaal *neutrale* taal: een ‘independent language without national home’.<sup>24</sup> Zo dacht hij bijvoorbeeld aan de computertaal Fortran. Ook een dergelijke benadering zal niet zonder *bias* zijn, zo besefte ook Bohannan. Maar *bias* wordt daardoor wel beter zichtbaar volgens hem:

‘Obviously we cannot become biasless – rather, we must investigate our biases and institute controls for them. Obviously human beings cannot compare (or do anything else) without culture; rather we must control the logic of the culture of comparison.’<sup>25</sup>

En voor een dergelijke gecontroleerde vergelijking moet van binnenuit worden begonnen, zegt Bohannan, en dan naar buiten gewerkt (in plaats van de omgekeerde route te bewandelen). Laat de systemen zoveel als mogelijk voor zichzelf spreken, onderzoek ze los van elkaar en doe dat op basis van termen

en categorieën eigen aan het te onderzoeken systeem, en kom uiteindelijk met een analytisch kader – de ‘independent language without national home’ – op basis waarvan de daadwerkelijke vergelijking mogelijk wordt. Bohannan:

‘This new language (...) is a logical structure of interrelated propositions about the working of society and culture.’<sup>26</sup>

### Om twee of meer systemen ten behoeve van een daadwerkelijke vergelijking aan elkaar te relateren, is er een begrippenapparaat nodig dat het exclusief lokale overstijgt

Vergelijkbaarheid en vergelijking is bij Bohannan eerst en vooral een resultaat van onderzoek, een conclusie; iets waar pas aan kan worden toegekomen *nadat* de te onderzoeken systemen of culturen in hun volle omgang en eigenheid zijn geëxploreerd. Vergelijkbaarheid mag niet worden geponoerd, want dan wordt het een *self-fulfilling prophecy*:

‘Comparison must be done in a *controlled way*, with great awareness and sensitivity to the original meaning, and with a set of methods that allow us to utilize what we are doing toward some specific ends beyond merely buttressing a position.’<sup>27</sup>

In lijn hiermee zou Bohannan overigens niet durven beweren dat de conclusies van Gluckman over het systeem van geschilbeslechting bij de Barotse onjuist zijn. Alleen kunnen we door zijn methode niet weten of dat zo is, stelt hij:

‘Please note that I did not say that the [Barotse] and the English do not have fundamentally similar ideas, but only that by [Gluckmans] method of exposition there is no possible way for a reader to discover whether they have or not.’<sup>28</sup>

Het vermijden van onderzoeksbias is inderdaad een groot wetenschappelijk goed. Laten we echter de praktische dimensie van het rechtsvergelijkend onderzoek ook in het oog houden, zegt Gluckman:

‘It must be a very blinkered mind that, when an anthropologist speaks of contract in an African tribe, immediately thinks of the English or French or Roman-Dutch or Roman contract. “Contract” has a general meaning of enforceable agreement; and one can use it – and must use it – to discuss the different conditions, forms, incidents, and remedies for breach of contract in various social conditions.’<sup>29</sup>

Daarom kan hij ook stellen dat ‘[i]n a study of government one may use the word “legislature” to cover British Parliament, American

of *The Ideas in Barotse Jurisprudence*, 36 *Kroeber Anthropological Society Papers* 1967, p. 94-101 en P. Bohannan, ‘Etnography and Comparison in Legal Anthropology’, in: Nader 1997, p. 401-418.

14 Bohannan 1997, p. 403.

15 Gluckman 1997, p. 349-373.

16 Gluckman 1997, p. 367.

17 Gluckman 1997, p. 357.

18 Gluckman 1997, p. 354.

19 Geciteerd door A. Köbben, ‘De vergelijkend-functionele methode in de volkenkunde’, in: A. Köbben, *Van primitieven tot medeburgers*, Assen: Van Gorcum 1964, p. 24.

20 Zie hierover met name zijn P. Bohannan, *Justice and Judgment Among the Tiv*, Prospect Heights: Waveland Press 1989 (eerste druk uit 1957). Sally Falk Moore schreef over het debat: ‘Gluckman sees the concepts and principles of law as *part* of legal systems, whereas Bohannan is most interested in studying the concepts *themselves*, because he considers them a reflection of the whole organization of the legal system.’ S.F. Moore 1997., p. 343.

21 Bohannan 1997, p. 402 (cursivering toegevoegd).

22 Hierover M. Adams, ‘Wat de rechtsvergelijking vermag. Over onderzoeksdesign’, *Ars Aequi* 2011-3, p. 192-201 (AA20110192).

23 Vgl. F. Gorlé e.a., *Rechtsvergelijking*, Mechelen: Kluwer 2007, p. 64-65.

24 Bohannan 1997, p. 416.

25 Bohannan 1997, p. 416.

26 Bohannan 1997, p. 416-417.

27 Bohannan 1997, p. 410 (cursivering toegevoegd).

28 Bohannan 1997, p. 411.

29 Gluckman 1997, p. 364.



Congress, German Bundestag and Reichstag, French Chambre des Députés, Japanese Diet, all for purposes of general discussion in order to draw attention to similarity while insisting on difference. Some word is necessary for purposes of general discussion. In discussing several systems of law, therefore, one may speak of ownership, contract, property, succession, marriage, betrothal, judge, decision, all to draw attention to a core of similitude while defining differences.<sup>30</sup>

De communicatie over de verworven inzichten moet inderdaad ook *reëel* mogelijk zijn. Bohannan lijkt dit aan te voelen waar hij schrijft – wat kort door de bocht trouwens – dat het dispuut met Gluckman ‘boils down to this question: is it more difficult for a reader to keep in mind a set of narrative terms or a set of glosses on English words (...)’<sup>31</sup> Het eerste is als evocatie van het vreemde voor de lezer moeilijk te volgen, omdat dit neerkomt op het omstandig omschrijven van de specifieke concepten van het vreemde bestel op basis van de aan dat systeem eigen terminologie. Het tweede is dan een tegemoetkoming aan diezelfde lezer omdat bij die beschrijving reeds bekende terminologie wordt gehanteerd. Bohannan blijft er desondanks bij dat de tweede benadering al te misleidend is. Het is nu eenmaal zo dat ‘good ethnography is hard to read (...). [E]very ethnographer owes it to himself, the people he studies, and his colleagues not to blunt the edge of his material.’<sup>32</sup>

Het lijkt me evident dat de antropoloog-etnograaf en de rechtsvergelijker vreemde juridische gegevens in eerste instantie moeten situeren in de unieke maatschappelijke context waarin die gegevens een plaats hebben

## 5 Waardering

Het lijkt me evident dat de antropoloog-etnograaf en de rechtsvergelijker vreemde juridische gegevens in eerste instantie moeten situeren in de unieke maatschappelijke context waarin die gegevens een plaats hebben. De beschrijving van het vreemde systeem moet zo optimaal als mogelijk recht doen aan de eigenheid ervan. Bohannans standpunt lijkt sterk doordrongen van dat inzicht en hij

neemt er compromisloos de consequenties van. Maar aangezien voor de rechtsvergelijker *common sense* een deugd kan zijn, evenals begrip voor de lezer die nu eenmaal zo zijn rechten heeft,<sup>33</sup> is de echte vraag uiteindelijk of het gebruik van bestaande taal werkelijk zo verstorend werkt als Bohannan meent. Is er inderdaad sprake van een *self-fulfilling prophecy* indien er ten behoeve van een rechtsvergelijkende studie wordt gewerkt met reeds bekende terminologie? Wordt *controlled comparison* dan echt onmogelijk?

De aanwezigheid van vergelijkbaarheid en overeenstemming is niet alleen een eventuele conclusie van het onderzoek maar ook het noodzakelijke en vooronderstelde beginpunt

Ik meen van niet. En deze inschatting krijgt bevestiging in het gegeven dat de antropoloog en etnograaf Bohannan niet lijkt in te zien dat om tot vergelijking te kunnen komen er tot op zekere hoogte gelijkenis moet worden voorondersteld tussen de verschillende jurisdicties voor wat betreft de te onderzoeken kwestie; gelijkenis die zich toont in de probleemstelling en het vergelijkend begripkader waarmee het onderzoek wordt *aangevat*. In ieder geval, als in het licht van de onderzoeksvraag de gelijkenis tussen de verschillende systemen of culturen onbestaande is wordt vergelijking zinloos.<sup>34</sup> Zo bezien moet de rechtsvergelijker, wanneer hij zijn onderzoek aanvat, wel degelijk vergelijkbaarheid en overeenstemming *poneren*. De aanwezigheid van vergelijkbaarheid en overeenstemming is dus niet alleen een eventuele conclusie van het onderzoek, zoals Bohannan lijkt te suggereren, maar ook het noodzakelijke en vooronderstelde beginpunt.<sup>35</sup> Dergelijke vooronderstelling van vergelijkbaarheid komt natuurlijk niet uit de lucht vallen maar steunt op meer of minder uitgebreide voorkennis en/of een vooronderzoek ‘*light*’. Het is een *educated guess*. De ware aard ervan kan echter pas door het onderzoek zelf aan het licht worden gebracht. Maar wat belangrijk is om hier te constateren is dat dit impliceert dat de onderzoekslens steeds moet worden bijgesteld: je moet nu eenmaal beginnen met een overkoepelend begripkader en een dito onderzoeksvraag, naar een algemeen beeld van

30 Gluckman 1997, p. 364.

31 Bohannan 1997, p. 402.

32 Bohannan 1997, p. 403.

33 Hierover tevens en uitgebreid K. Lemmens, ‘Comparative Law as an Act of Modesty: A Pragmatic and Realistic Approach to Comparative Legal Scholarship’, in: M. Adams en J.A. Bomhoff (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2012 (te verschijnen).

34 Ik heb hier in dit tijdschrift al eerder op gewezen: Adams 2011, p. 200-201 (AA20110192).

35 Ook Pierre Legrand, de verschilddenker *par excellence*, geeft dit toe. Zie P. Legrand, ‘The Same and the Different’, in: P. Legrand and R. Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 283: ‘(...) I accept that no comparison can be initiated without a comparatist taking the view that there is an apparent sameness between the objects of comparison, that they seem alike in at least one respect.’

de te onderzoeken situatie, waarvan de details gaandeweg worden ingevuld door de systemen zo goed als mogelijk in hun eigenheid te evoceren, inclusief een bereidheid om het initiële begrippenkader, onderzoeksvraag en het algemene beeld te kwalificeren. *Controlled comparison* is volgens mij vooral gelegen in de permanente wisseling van perspectieven die bij deze procedure past; de vergelijking wordt er gaandeweg het onderzoek steeds verfijnder door en gaat zich meer en meer richten op verschillen en eigenheid, zelfs als je werkt met een bekend begrippenarsenaal.<sup>36</sup> Bohannan, gericht als hij is op het beschrijven van vreemde rechtsstelsels vanuit een vrijwel exclusief micro- of intern perspectief, lijkt niet te beseffen dat het deze perspectiefwissel is die de rechtsvergelijking zo wezenlijk stempelt.

### De rechtsvergelijker moet beseffen dat er geen descriptieve termen bestaan die geheel neutraal zijn en die niet het risico in zich dragen dat ze leiden tot *bias*

Uiteindelijk kan het standpunt van Bohannan leiden tot de reductie van het recht en juridische processen, tot slechts context. Je loopt dan het risico de notie verloren te doen gaan dat de ideeën die ten grondslag liggen aan het juridische bestel boven hun lokale herkomst kunnen uitstijgen en een verder reikende betekenis zouden kunnen hebben.<sup>37</sup> De positie van Bohannan kan aanleiding geven tot een vorm van solipsisme die de vergelijking uiteindelijk ten zeerste bemoeilijkt.<sup>38</sup> De vraag naar een adequaat vergelijkend begrippenkader dreigt dan zonder voorwerp

te worden, en vergelijkende theorievorming vrijwel onmogelijk. Als rechtsantropoloog en etnograaf lijkt Bohannan zich niet ten volle bewust van de 'vergelijkende' consequenties van zijn inzichten. Mijn inschatting is dat dit komt omdat uiteindelijk bij de vergelijking zijn focus niet echt lag.

### 6 Tot besluit

Welk standpunt we ook omarmen, dat van Gluckman of Bohannan, de rechtsvergelijker moet beseffen – en dit is een belangrijke beperking van ieder vergelijkend onderzoeksproject – dat er geen descriptieve termen bestaan die geheel neutraal zijn en die niet het risico in zich dragen dat ze leiden tot *bias*. En dat brengt me dan weer bij de vraag waarmee ik dit artikel begon: kan de rechtsvergelijker weerstaan aan de verleiding om onbekende verschijnselen te duiden in termen of categorieën die hij denkt te herkennen of begrijpen? Het antwoord is ondubbelzinnig negatief. Inmiddels heeft de vraag echter een andere gedaante gekregen, en is de kwestie eerder of het gebruik van reeds bestaande terminologie al te verstoringend werkt voor goede rechtsvergelijking. Ik denk dat dit niet noodzakelijk zo is. Maar dat maakt wel dat de onderzoeker heel bewust moet werken in wat we een '*spirit of conceptual tentativeness*' zouden kunnen noemen: steeds dient hij er alert op te zijn normatieve precondities zoveel als mogelijk te vermijden, inclusief een bereidheid het initieel gehanteerde begrippenkader te vervangen door betere terminologie. Daar is vooral een permanente perspectiefwissel voor nodig. Juist daardoor wordt *controlled comparison* mogelijk, en kan objectiviteit of neutraliteit in de rechtsvergelijking in ieder geval een stevige aspiratie zijn.

<sup>36</sup> Maar dan is er wel aandacht voor *case selection* vereist, iets wat bij juristen vaak maar in beperkte mate het geval is. Hierover R. Hirsch, 'The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law', 53 *The American Journal of Constitutional Law* 2005, p. 125-155.

<sup>37</sup> Vgl. J.M. Donovan, *Legal Anthropology*, Lanham: AltaMira Press 2008, p. 166.

<sup>38</sup> Hoewel hij zelf aangaf zich hiervan bewust te zijn: 'It seems to me that I did not say anything so absurd.' Bohannan 1997, p. 405.